

LAS FRONTERAS ENTRE EL HONOR DEL FUNCIONARIO PÚBLICO, LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DELITO DE DIFAMACIÓN, SEGÚN LOS LÍMITES QUE IMPONE EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

JAN-MICHAEL SIMON
PABLO GALAIN PALERMO¹

A. INTRODUCCIÓN

1. Este informe en derecho se presentó en una causa judicial en la República del Perú en 2010 como un *amicus curiae* en un tema que atañe a la esencia misma del Estado de Derecho, relacionado con el ejercicio de las libertades y la protección de los derechos individuales.

2. El objeto de este *amicus curiae* es contribuir por medio de un informe técnico en derecho al debate jurídico que tiene lugar en el Perú en un caso jurídico-penal. El objetivo es explicar someramente los tipos penales que protegen el bien jurídico “honor” en el código penal alemán y con relación a los mismos, analizar -según el sistema jurídico alemán- si la conducta del ex Procurador Público ad hoc para la República de Perú, Antonio Maldonado Paredes, que es motivo de un juicio penal que lo encuentra como imputado ante este tribunal, tiene la potencialidad suficiente para lesionar aquel bien jurídico.

3. La pertinencia y legitimación de este informe técnico en derecho reside en el interés público que tiene este caso jurídico-penal, que refiere a un problema jurídico fundamental en relación a los principios constitucionales más elementales y a las bases mismas del sistema democrático republicano, del cual tanto la República del Perú como la República Federal de Alemania son parte.

4. Tenemos como académicos con estrechos vínculos a la ciencia penal latinoamericana interés en ofrecer este aporte a la discusión doctrinaria peruana y colaborar con los Señores Magistrados en la búsqueda de los mejores argumentos para la resolución del caso.

5. El informe técnico en derecho que se ofrece es un medio técnico que se pone a disposición del juez de la causa. La imparcialidad del juez no sufre menoscabo alguno por la presentación de un informe de estas características, sino que en todo caso se beneficia con el aporte de argumentos de derecho comparado de la solución del caso en otro Estado del sistema democrático republicano para fundamentar su decisión.

6. La decisión final de este caso penal tiene un interés general que afecta no solo a la sociedad peruana sino también a la comunidad internacional, en tanto se trata de sentar las bases de un derecho fundamental reconocido por la Constitución peruana como por todas las Constituciones basadas en el sistema democrático republicano y en la mayoría de las Convenciones y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

7. El *amicus curiae* se refiere a la problemática del derecho a la libertad de expresión en relación con la protección del bien jurídico honor en un sistema liberal-democrático, tomando como base explicativa al sistema penal alemán. En ese sentido se hacen las siguientes proposiciones:

- A. Los actos lesivos del honor (como sucede con cualquier bien jurídico) son los que se dirigen hacia la honra ajena, no aquellos que la reciben. En caso contrario se vulneran principios fundamentales del Derecho penal como son el principio de lesividad y el principio de culpabilidad.

¹ Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional. Los autores agradecen los comentarios de Gastón Chaves Hontou.

B. Cuando el derecho al honor se opone a una opinión sobre una pregunta esencial para el debate público, ante la transcendencia constitutiva del derecho a la libertad de opinión para el orden fundamental liberal-democrático, se aplica el principio *in dubio pro libertad de opinión*.

C. Un ataque al honor de una persona está justificado en términos penales cuando forma parte de una disputa pública y se realiza como respuesta a un ataque previo.

8. Esto significa que, en el Derecho penal alemán, el condenado tendría que ser absuelto de cualquier delito que se le imputa relacionado con su entrevista del cuatro de octubre del dos mil seis, publicada el cinco de octubre del dos mil seis en la página A-diez del Diario “El Comercio” edición nacional.

B. HECHOS

9. El 12 marzo de 2010 el 14 Juzgado Penal de Lima condenó al ex Procurador Público ad hoc para la defensa del Estado peruano en los casos vinculados a Fujimori y Montesinos (Antonio Maldonado, diciembre 2004-agosto 2006) por haber cometido un delito de difamación en perjuicio del vicepresidente peruano vicealmirante (r) Luis Giampettri. Los hechos que preceden a esta condena tienen su origen en una entrevista realizada a Maldonado por un diario de circulación nacional, una vez que abandonó la función pública, en la que se hace referencia (y se contesta) a unas críticas formuladas por Giampettri contra la Procuraduría Anticorrupción y, en particular, contra el ex Procurador ad hoc.² Es relevante mencionar que entre las funciones atribuidas al ex Procurador se encontraba la investigación de presuntos actos de corrupción de los distintos funcionarios durante la época de 1990 a 2000, con el objetivo de presentar denuncias al Ministerio Público cuando hubiese indicios de actos de corrupción, para que se iniciara una investigación penal. Dentro de ese marco funcional, se consideró que existían unos presuntos actos de corrupción en compras de armamento de la Marina de Guerra del Perú, que podrían involucrar al actual vicepresidente peruano, que cumplía anteriormente funciones en aquella repartición pública. Concluido el mandato del ex Procurador ofrece una entrevista en un Diario de circulación nacional, en donde se reproduce lo siguiente: Pregunta: “Este si el Vicepresidente señor Giampietri ha tenido palabras fuertes también sobre su papel, denostando un poco el trabajo sobre estas investigaciones, ¿qué diría usted sobre lo mismo?”³ Respuesta de Maldonado: “¿Qué esperaban que hiciera? ¿Qué porque una de las personas respecto de las cuales la Procuraduría había solicitado la investigación era un alto dignatario de la nación no se le investigara. Es decir, si es que es así por qué no ponemos las cosas en claro, expidan una norma que diga que a ciertas personas nunca se les investigará por que tienen poder político, porque tienen poder económico, porque es un funcionario del Estado, yo hice lo que debía hacer y además frente a personas o del personaje en cuestión yo mantuve corto silencio. No salí a responder a las innumerables afirmaciones que esta persona hizo de mí. Si yo no hacía esto, además era pasible de ser procesado por omisión de denuncia, entonces ¿Fue mi actuación frívola? ¿Careció de sustento? Fue un pedido de investigación preliminar, ni siquiera una denuncia penal, ni siquiera pedí detención para esta persona, solo le pedí al Ministerio Público obrase con arreglo legal a sus atribuciones. Le pedí que investigara lo que la Contraloría entendía como una serie de hechos graves que podían ser y estos solamente los calificara el Fiscal y lo asumirá el Juez en su momento oportuno, podían ser actos de corrupción, lo hice con toda corrección. Parece ser que todavía estamos en escenarios frente a los cuales algunos personajes se dicen intocables. Entonces por eso señalo que, si esa es la situación, que expidan una norma que diga que tales y cuales personajes no podrán ser investigados nunca por actos de corrupción o violación de Derechos humanos, y así todos los peruanos tendremos un mensaje claro, no ocurrirá lo que ocurrió conmigo”.⁴

2 El vicepresidente de la República de Perú (Giampettri) realizó declaraciones públicas en las que criticó el funcionamiento de la Procuraduría Anticorrupción, una “sobreactuación” del Procurador ad hoc (Maldonado) y una persecución contra la Marina de Guerra.

3 Pregunta extraída de la diligencia de la reproducción de audio. Vide Caro John, José, Informe jurídico-penal sobre las declaraciones emitidas por el Ex – Procurador Público ad hoc Antonio Maldonado Paredes, en el marco de una entrevista brindada al diario “El Comercio” y que ha sido objeto de sentencia de culpabilidad expedida por el 14 Juzgado Penal de Lima con fecha marzo de 2010. Caro John, José, Informe jurídico-penal, cit.

4 Respuesta obtenida de la diligencia de reproducción de audio. En el Diario “El Comercio, sin embargo, se publicó el siguiente extracto, que motivó la denuncia penal contra Maldonado: “¿Qué esperaban que hiciera? ¿Qué porque una de las personas señaladas es un alto dignatario, no se le investigará? Si eso es así, mejor que expidan una norma que diga a ciertas personas nunca se les investigará, porque tienen poder político. Parece que algunos personajes se sienten intocables”.

10. El 27 de octubre de 2006 el vicealmirante (r) Luis Giampietri, interpone una querrela en contra del Sr. Antonio Maldonado al considerar que las expresiones públicas antes señaladas habrían lesionado su honor. Esta denuncia de parte dio inicio a un proceso penal contra Maldonado por la presunta comisión de los delitos de calumnia (atribución de un hecho delictivo), y difamación calumniosa (al haberse difundido la atribuida calumnia a través de un medio de prensa). El querrellado fue condenado en primera instancia por un delito de difamación⁵ y, finalmente, absuelto por un tribunal superior.⁶

C. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN DELITOS CONTRA EL HONOR

11. La doctrina alemana entiende que el concepto de honor deriva de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad en el seno social.⁷ El principio de igualdad obliga a considerar el concepto de honor según las relaciones sociales porque él prohíbe una consideración de desigualdad per se entre los miembros de una sociedad (léase mayor dignidad, más honor, etc) de algunos individuos respecto a otros. De este modo, será la participación del individuo en la vida social la que permita delinear y conmensurar este concepto abstracto e igualitario de honor en relación a un individuo en concreto. Desde este punto de vista, el derecho tiene que proteger las relaciones sociales por medio del resguardo del libre desarrollo de la personalidad; y por ello, la dignidad, la intimidad y el merecido “buen nombre” de las personas no pueden ser sometidos al desprestigio o desprecio de los demás. Esta protección que se exige al derecho, en Alemania es realizada por el derecho constitucional, por los tribunales civiles que ofrecen una amplia de derechos de resarcimiento (*Schadenersatzanspruch*)⁸ y, en *ultima ratio* por medio del derecho penal.⁹

12. El derecho al honor va más allá de la protección de la intimidad y se relaciona con valoraciones que pueden lesionar la dignidad de la persona. Aquello que se considera una lesión al honor no puede quedar librado a la determinación de la autoestima del “ofendido” (criterio subjetivo). Del mismo modo, tampoco se determina por un criterio objetivo que no pueda ser comprobado fehacientemente, por ejemplo, por estar basado en un dato de la realidad como el valor social que una sociedad otorga a la condición de “honorable” o “reputable” de un individuo (criterio objetivo).¹⁰ Es decir, el honor no se desprende de la pertenencia a una clase social, por el ejercicio de una profesión o por el desempeño de una función pública. El honor depende de las “relaciones de reconocimiento” (*Anerkennungsverhältnis*), de modo que su construcción como bien jurídico también está ligado al comportamiento individual de su titular en el seno social.¹¹

Desde un punto de vista teleológico el concepto de honor necesita de una valoración jurídica que pueda ser trasladada al sistema penal conformando un bien jurídico cuya lesión pueda ser medida (concepto normativo).¹² Este concepto normativo diferencia entre los aspectos meramente subjetivos (morales, éticos) y aspectos objetivos que guardan relación con la valoración social de la persona.¹³ Es decir, considerando que el concepto de honor deriva de la dignidad de la persona, el no puede desaparecer en un caso concreto (por el

5 En realidad la sentencia absuelve al querrellado del delito de calumnia, al considerar que las afirmaciones hechas por su persona no constituyen imputación alguna de una comisión de un hecho delictivo; pero, al mismo tiempo, decretó la reserva del fallo condenatorio por el delito de difamación con una serie de reglas de conducta, imponiéndole el pago de una reparación civil de dos mil nuevos soles. Vide Caro John, José, Informe jurídico-penal, cit. En los hechos, Maldonado es declarado culpable del delito de difamación y por ello tiene que cumplir con la reparación civil.

6 La Corte Superior de Justicia de Lima, Cuarta Sala Especializada en lo Penal-Reos Libres, Resolución 739 de 2010, sostuvo que en la conducta del querrellado “no se aprecian los elementos descriptivos del tipo penal imputado en su contra; al no haber emitido alguna expresión calificativa en contra del querellante que atente el honor del mismo”.

7 Wolf, *Ehre und Beleidigung. Zugleich eine Besprechung des gleichnamigen Buches von H.J. Hirsch*, ZStW 1969, pp. 895 y ss; Amelung, *Die Ehre als Kommunikationsvoraussetzung. Studien zum Wirklichkeitsbezug des Ehrbegriffs und seiner Bedeutung im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2002, pp. 38 y ss.

8 Karpf, *Die Begrenzung des strafrechtlichen Schutzes der Ehre. Durch die Meinungsfreiheit (Art. 5 I GG), die Kunstfreiheit (Art. 5 III GG) und die Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB)*, Nomos, Baden-Baden, 2004, pp. 86 y s.

9 Arzt, *Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre. Vom zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz aus betrachtet*, Mohr, Tübingen, 1970, pp. 4 y ss.

10 Karpf, *Die Begrenzung des strafrechtlichen Schutzes der Ehre*, cit., pp. 26 y s.

11 Wolf, *Ehre und Beleidigung*, cit, pp. 893 y ss. Amelung critica que el concepto de honor no se puede derivar únicamente de una imagen ideal del hombre libre prototipo del idealismo alemán que actúa según pautas morales o éticas, Amelung, *Die Ehre*, cit, p. 11.

12 Hilgendorf en: *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12a edición, De Gruyter, Berlin, vor § 185, nro. 4 y ss.

13 Winter, *Deutschland*, en: Tellenbach (Hrsg.), *Die Rolle der Ehre im Strafrecht*, Duncker&Humblot, Berlin, 2007, p. 103.

“mal comportamiento” del individuo) pero si puede ser disminuido en tanto el concepto normativo vincula el valor personal (dignidad humana) con el comportamiento personal desde un punto de vista ético-social¹⁴ o según el rol que el sujeto desempeña en la sociedad.¹⁵

13. Un tema de suma relevancia son los parámetros de valoración del bien jurídico honor, que solo pueden provenir de la norma (constitucional, civil y, en último caso, penal) y guardar relación con derechos o valores a modo de enunciados generales o principios de determinación de aquello que se considere en todos los casos como contenido jurídico del bien objeto de protección. Una concepción normativa (o jurídica) del honor en sentido penal (*ultima ratio*) limita enormemente el alcance del bien jurídico a aquellas afectaciones que directamente se relacionan con la dignidad humana (Art. 1 Constitución alemana). De este modo la materia de protección que recoge el derecho penal es aquella relacionada con aspectos básicos de la personalidad del individuo (raza, género, orientación sexual, creencia religiosa, etc), es decir, aquellos segmentos de la personalidad del hombre cuya lesión puedan determinar algún tipo de discriminación (individual o social); junto al comportamiento personal en sus relaciones sociales desde un punto de vista ético-social.¹⁶ Esta sumatoria de aspectos esenciales y otros derivados de la conducta en sociedad permiten graduar o mensurar al propio concepto de honor (y el grado de lesión) de quien dice verse afectado en su honor. Para la doctrina alemana se trata de los valores ideales y morales que porta la persona humana per se, junto al prestigio y su buena fama en el seno social. El núcleo del honor es la invariable dignidad humana (siempre presente) sumada al aleatorio concepto de prestigio social (que se puede tener o carecer de él).¹⁷ Esta conjunción otorga al sujeto el derecho de protección relativo a su dignidad como persona y la valoración social de su persona, frente a los comportamientos ajenos que pretenden lesionar este bien jurídico (derecho al honor).¹⁸ De este modo se puede hablar de una concepción compleja de bien jurídico honor compuesta por una base irrenunciable (dignidad humana) y una base social o de consideración que debe ser merecida por el individuo según su intervención en las relaciones sociales (comportamiento ético-social).¹⁹

14. Lo que mantiene abierta la controversia en la doctrina alemana es la forma en que se mide o cuantifica el honor y su lesión en tanto concepto abstracto (valor de la persona). Las lesiones al honor son lesiones de un valor personal que el portador del bien jurídico colabora en su construcción con su comportamiento en el seno de una sociedad determinada.²⁰ La doctrina se divide en este punto, para algunos las disminuciones en el “valor” (cantidad de honor) se deben medir sobre la base de los deberes éticos-sociales y para otros, sobre la base del libre desarrollo de la personalidad.²¹

En conclusión, en un sentido normativo el honor tiene un componente invariable derivado de la dignidad humana y uno aleatorio, producto de la valoración social que deriva del comportamiento de la persona en las relaciones sociales. Esto ha llevado a un sector de la doctrina penal a exigir que la protección penal del honor se limite al “honor merecido”, en tanto no se puede utilizar la amenaza de la pena para proteger un honor aparente o inmerecido.²² Desde un punto de vista estrictamente político criminal, el derecho penal estaría legitimado para intervenir en la protección del bien jurídico honor, en *ultima ratio*, cuando ello sea imprescindible para facilitar la autonomía de las relaciones de reconocimiento en la sociedad.

14 Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 10a edición, De Gruyter, Berlin, 1967, p. 292; Hirsch, Ehre und Beleidigung. Grundfragen des strafrechtlichen Ehrenschatzes, Mueller, Karlsruhe, 1967, p. 30.

15 BGHSt, 1, 288; 11, 67.

16 Reiner, Die Ehre. Kritische Sichtung einer abendländischen Lebens –und Sittlichkeitsform, Mittler, Dortmund, 1956, pp. 34 y ss.

17 Wolff, Ehre und Beleidigung, cit, pp. 899 y ss.

18 Hirsch, Ehre und Beleidigung. Grundfragen des strafrechtlichen Ehrenschatzes, Mueller, Karlsruhe, 1967, pp. 29 y ss.

19 De similar opinión en la doctrina española, Alonso Álamó, “Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales”, ADPCP, 1983, pp. 150 y s; Berdugo Gómez de la Torre, Honor y libertad de expresión. Las causas de justificación en los delitos contra el honor, tecnos, Madrid, 1987, pp. 56 y ss.

20 Wolff, Ehre und Beleidigung, cit, pp. 901 y ss.

21 Hilgendorf en: Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, cit., vor § 185, nro. 10 y ss.

22 Lenckner en: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27a edición, Beck, München, 2006, Vorbem §§ 185ff, nro. 1.

D. TIPOS OBJETIVOS QUE PROTEGEN EL HONOR

15. El Código Penal Alemán (StGB) protege el honor en los parágrafos 185 a 200. En esa sección decimocuarta del código se ubican los parágrafos 185, 186 y 187 StGB que tipifican la injuria, la difamación y la calumnia, que podemos considerar las formas más comunes de protección penal del honor. Téngase en cuenta que a diferencia de la tradición hispana, en Alemania la veracidad de las afirmaciones ha operado históricamente como una causa de justificación general de las conductas que pudieran ser interpretadas por el titular del bien jurídico honor que se siente afectado. Esto guarda relación con una vieja concepción que dice que lo que es veraz no puede lesionar el ordenamiento jurídico.²³ Hoy en día, la verdad no está siempre justificada si ella se utiliza para lesionar un derecho a la intimidad estrechamente ligado con la dignidad humana. Según el sistema penal alemán, un ataque al honor podría verse justificado por otro tipo de intereses legítimos que van más allá de la verdad de una afirmación pública (§ 193 StGB).²⁴ Esto indica que los tipos penales relacionados con el honor no se resuelven desde un punto de vista que solo incluye los intereses de los involucrados (autor y víctima) sino que se interpretan según intereses colectivos. La verdad sigue siendo relevante ya no tanto como una justificación del comportamiento individual (que elimina la antijuridicidad de la conducta) sino que podría ser exigida como un elemento del tipo penal, en tanto la falsedad puede convertirse en algún tipo penal en una condición objetiva de punibilidad.

16. La injuria (*Beleidigung*) esta tipificada en el parágrafo 185 StGB²⁵ y concentra el núcleo del injusto en la forma en que se realiza la mera declaración que puede lesionar la esfera íntima (dignidad) de una víctima concreta.²⁶ Aunque su tipo penal no lo indica, se entiende que es una manifestación de irreverencia o menosprecio dirigido al prestigio de la víctima.²⁷ Objetivamente una opinión puede revestir este carácter si ella niega al afectado su valor humano (individual o social). El delito de injuria se puede cometer frente a la víctima, frente a una tercera persona haciendo referencia a la víctima o afirmando un hecho difamatorio frente a la víctima. Se entiende que la falsedad de la manifestación es un elemento del tipo no escrito,²⁸ en tanto la veracidad de una manifestación no puede causar un desprestigio porque la protección penal del honor se limita al “honor merecido”. El hecho a resaltar a efectos de este informe es que este delito solo puede ser cometido en presencia de la víctima.

17. En Alemania la difamación (*Üble Nachrede*) está tipificada en el parágrafo 186 StGB²⁹ y concentra el núcleo del injusto en una afectación de la “reputación” (*Reputation*) de la víctima concreta. Este tipo penal contiene la afirmación o difusión (divulgación) de un hecho injurioso relativo a un tercero. En este tipo penal el injusto se centra en la posibilidad de divulgación del hecho injurioso. Es exigencia del tipo la presencia de terceros (a diferencia del § 185 StGB) de modo que este delito no solo lesiona la dignidad (intimidad) de la víctima sino su reputación social, en tanto se pretende protegerla del desprecio público. La falsedad del hecho sería una condición objetiva de punibilidad (no un elemento del tipo). Es decir, en este tipo penal la demostración de la verdad suprime la punibilidad.³⁰ Lo cierto es que para lesionar el honor hay que referir o atribuir un hecho a una persona concreta (así fuera en su calidad de miembro de una colectividad de per-

23 Roeder, „Wahrheitsbeweis und Indiskretionsdelikt nach deutschem und österreichischen Strafgesetzentwurf“, Schroeder et al. (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag, Müller, Karlsruhe, 1972, pp. 347 y ss.

24 § 193. Defensa de legítimos intereses: “Juicios de reproche sobre desempeños científicos, artísticos o industriales y expresiones que se hagan para la ejecución o defensa de derechos o para la salvaguardia de legítimos intereses así como reproches o amonestaciones de un superior contra sus subalternos, denuncias oficiales u opiniones por parte de un empleado y casos parecidos, son sólo punibles en la medida en que la existencia de un injuria resulte de la forma de la declaración o de las circunstancias bajo las cuales sucedió la injuria”. Téngase en cuenta que la justificación del § 193 solo procede cuando ha fallado la prueba de la verdad y en caso que el autor demuestre que ha actuado con diligencia en la demostración de la verdad.

25 § 185. Injuria: “La injuria será castigada con pena privativa de la libertad hasta un año o con multa y cuando la injuria sea cometida por medio de un acto de violencia, será castigada con pena privativa de la libertad hasta dos años o con multa”. Vide la traducción del StGB de López Díaz, Código penal alemán, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

26 Amelung, Die Ehre, cit, p. 78.

27 Lenckner en: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, cit., § 185, nro. 2.

28 Id., nro. 6.

29 § 186. Difamación: “Quien en relación con otro afirme o difunda un hecho para hacerlo despreciable, o para desprestigiarlo ante la opinión pública, cuando éste hecho no se prueba como cierto, será castigado con pena privativa de la libertad hasta un año o con multa y cuando el hecho haya sido cometido públicamente o por medio de la divulgación de publicaciones (§11, inciso 3), será castigado con pena privativa de la libertad hasta dos años, o con multa”.

30 Lenckner en: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, cit., § 186, nro. 13.

sonas), en tanto para la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán no cabe duda que la difamación (§ 186 StGB) tiene que tener como destinatario a una víctima concreta.³¹

18. El tipo penal de la calumnia (*Verleumdung*) esta tipificado en el parágrafo 187 StGB³² y concentra el injusto en la manifestación de un hecho falso de mala fe. En este tipo penal lo importante es la falsedad del hecho, que se conforma como un elemento del tipo. En ese sentido, una opinión que solo exagera un hecho insignificante o una discrepancia con otra opinión no lesiva de la personalidad (por ejemplo, una reacción) no son aptas para cumplir con el tipo penal. Es notorio que la prueba de la verdad de una manifestación excluye totalmente la tipicidad.³³

19. También existe un tipo penal para la protección del honor de las personas dedicadas a la vida política.³⁴

20. En Alemania no existe un tipo penal que proteja la intimidad de conductas indiscretas, es decir, un tipo penal que castigue intromisiones en la vida privada. Aunque ello fue motivo de discusión en la última gran reforma alemana del sistema penal, el tema quedó en el plano teórico.³⁵

E. TIPO SUBJETIVO DE DIFAMACIÓN E INJURIAS SEGÚN EL DERECHO PENAL ALEMÁN

21. Para la confirmación del tipo subjetivo basta con la existencia de dolo, lo que abarca también al dolo eventual. En ese sentido no es necesaria la constatación de ningún ánimo específico con independencia del conocimiento del tipo objetivo y la voluntaria realización del mismo. Esto incluye también tener conocimiento (y consciencia) de que la manifestación que afecta al honor puede tener esa potencialidad lesiva en relación al descrédito puede provocar en el titular del bien jurídico.³⁶ En el delito del § 186 la falta de veracidad de la opinión manifestada no integra el concepto de dolo, que no puede ser eliminado demostrando el autor su diligencia en la obtención de la información que divulga, ni demostrando su total convencimiento sobre la veracidad de sus dichos.³⁷ La doctrina dominante entiende que el hecho tiene que ser objetivamente falso, interpretando que estamos frente a un delito de peligro abstracto.³⁸ Una parte de la doctrina es crítica respecto a este delito porque puede lesionar el principio de culpabilidad, que en este caso debería ceñirse a los criterios de la debida diligencia o del dolo para afirmar la ausencia de veracidad de los dichos.³⁹ En ese sentido, la demostración de haber actuado diligentemente en la averiguación de la verdad eliminaría la tipicidad de la conducta.

31 BGHSt 36, 83, 87.

32 § 187. Calumnia: "Quien a sabiendas, afirme o difunda un hecho no verdadero en relación con otro para hacerlo despreciable o para desprestigiarlo ante la opinión pública, o para poner en peligro su credibilidad, será castigado con pena privativa de la libertad hasta dos años, o con multa y cuando el hecho haya sido cometido públicamente en una reunión o por medio de la divulgación de publicaciones (§ 11 inciso 3), el castigo será pena privativa de la libertad hasta cinco años o multa".

33 Salvo que se realice el tipo objetivo del §192 denominado injuria formal: § 192: Injuria a pesar de la demostración de la verdad: "La demostración de la verdad del hecho afirmado o divulgado no excluye el castigo de acuerdo con el § 185 cuando la existencia de un injuria resulta de la forma de la afirmación o divulgación de o de las circunstancias bajo las cuales sucedió la injuria".

34 § 188. Difamación y calumnia contra personas de la vida política: "(1) Si contra una persona de la vida política del pueblo se comete un difamación públicamente en un reunión o por medio de la divulgación de publicaciones (§11, inciso 3) por móviles que se relacionen con la posición del ofendido en la vida pública, y si el hecho es apropiado para dificultar considerablemente su actuar público entonces el castigo será pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años. (2) Una calumnia (§ 187), bajo las mismas condiciones, será castigada con pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años".

35 Schmidt, Zur Problematik des Indiskretionsdelikts, ZStW 1967, pp. 742 y ss.

36 Lenckner en: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, cit., § 185, nro. 14.

37 Esto es solo una causa objetiva de punibilidad, BGHSt 11, 273, 274.

38 Amelung, Die Ehre, cit, p. 61.

39 Hirsch, Ehre und Beleidigung, cit., p. 168; Amelung, Die Ehre, cit, p. 62.

22. Para completar el tipo subjetivo de los delitos contra el honor, tampoco se exige que quien expresa públicamente su pensamiento esté convencido de ello. La doctrina alemana entiende, que por ejemplo, quien dice a la cara de una persona “Tú has robado esta cosa”, independientemente de que quien lo diga esté convencido o no de ello, mientras exista la posibilidad de rebatir ese punto (de discusión al respecto), esa afirmación no tiene carácter de lesión al honor.⁴⁰ Es decir, ni siquiera es relevante un convencimiento subjetivo sino que habría que buscar parámetros objetivos para constatar el dolo (aspecto cognoscitivo). Para constatar el dolo basta con la conciencia y voluntad de realizar el tipo penal respectivo, no se requiere “querer injuriar” como un ánimo ajeno al dolo sino que sería suficiente con saber que se está lesionando el honor de un tercero al momento de expresarse públicamente.

F. LA CONDUCTA QUE ES OBJETO DE ESTE PROCESO PENAL

23. El imputado (Antonio Maldonado) ocupó la función de Procurador Público ad hoc entre diciembre de 2004 hasta agosto de 2006 con el objetivo de investigar presuntos actos de corrupción cometidos por las más altas esferas de la gobernabilidad de la República del Perú durante el mandato de Alberto Fujimori (1990-2000).⁴¹ La función de Maldonado exigía recoger pruebas de la existencia de posibles actos de corrupción de altos funcionarios del gobierno o de otras instituciones públicas de Perú. En su caso, Maldonado y su equipo tenían que recolectar pruebas incriminatorias de la participación de distintos funcionarios en delitos concretos (tráfico de influencias, corrupción, soborno, cohecho, etc), para entregarlas al órgano encargado de la función de investigar y perseguir los delitos. Las investigaciones llevadas a cabo por Maldonado dependieron en muchas ocasiones de informes de órganos de contralor públicos, como es la Contraloría General de la República. Uno de esos informes señalaba que existían firmes sospechas de actos de corrupción en la compra de armamento de la Marina de Guerra de Perú.⁴² Con base en este informe y según sus atribuciones funcionariales expresas, la Procuraduría Pública ad hoc solicitó el 08 de Junio de 2006 el inicio de una investigación penal al Ministerio Público, para determinar la posible existencia de actos de corrupción en la compra de armas para la Marina de Perú que pudieran haber cumplido con alguno de los tipos penales contenidos en el ordenamiento jurídico peruano.

24. En fecha posterior al desempeño de la función pública, el 05 de octubre de 2006 Maldonado concedió una entrevista al periodista David Hidalgo publicada en el Diario “El Comercio”, en la que realizó un balance de su gestión pública. En un pasaje de la entrevista, Maldonado es preguntado directamente sobre ataques personales que el ahora denunciante realizó mediante la prensa. Semanas atrás, el vicepresidente peruano Vicealmirante Luis Giampietri (que ocupó un alto cargo en la Marina durante el tiempo en que se produjeron los presuntos actos de corrupción que se investigaban relacionados con la compra de armamento para esa institución) se había referido en duros términos a la gestión de Maldonado como ex Procurador ad hoc.⁴³ Entre otras cosas Giampietri dijo que Maldonado pretendió “enlodarlo con denuncias maléficas” y denuncia un movimiento de la Procuraduría ad hoc contra la institución Fuerzas Armadas, acusando directamente a Maldonado por haber firmado la “denuncia” en su contra. Seguidamente Giampietri dijo que Maldonado había montado “una campaña con denuncias en contra de la Marina de Guerra”.⁴⁴ A su vez, indicó una posible infracción del deber de Maldonado en el ejercicio del cargo en tanto dice hubo “una sobreactuación del Procurador Maldonado. Él se ha arrogado un derecho que no le corresponde. Ha hecho una denuncia ilegal”.⁴⁵

25. Dice Maldonado en la entrevista de en el Diario El Comercio del 05.10.2006: “solo le pedí al Ministerio Público obrase con arreglo legal a sus atribuciones. Le pedí que investigara lo que la Contraloría entendía como una serie de hechos graves que podían ser y estos solamente los calificaría el Fiscal y lo asumirá el Juez

40 Wolff, *Ehre und Beleidigung*, cit., p. 909.

41 Maldonado fue nombrado mediante Resolución Suprema N° 267-2004-JUS; en representación de la defensa e intereses del Estado peruano.

42 Informe N° 054-2005-CG/SDR (fs. 01 a 34), que comprende: Anexo N° 2 (fs.35 a 227), Anexo N° 03 (fs.228 a 607), Anexo N° 35 (fs. 608 a 912), Anexo N° 67 (fs. 913 a 1271), Anexo N° 88 (fs. 1272 a1 677) y Anexo N° 119 (fs.1678 a 1791).

43 Diario La Primera, edición de 13.09.2006, p. 5

44 Diario Correo, edición 12.09.2006, p. 4.

45 Diario El Comercio, edición 13.09.2006, sección A 7.

en su momento oportuno, podían ser actos de corrupción, lo hice con toda corrección”.⁴⁶ Más adelante sostiene: **“Parece ser que todavía estamos en escenarios frente a los cuales algunos personajes se dicen intocables”**. Esta es la opinión o juicio de valor de Maldonado en la que se sustenta una denuncia penal por difamación e injurias y una condena penal por el delito de difamación.

G. VALORACIÓN DE LA CONDUCTA

26. La sentencia penal de condena se basa en una deducción a partir del contexto de las declaraciones públicas de Maldonado. Allí se establece que existe “evidencia que es de la persona del querellante de quien se ha ocupado y ha sostenido que por su investidura no se le investigará”. Véase que en el supuesto caso de que la deducción contextual con valor de evidencia probatoria del Tribunal de Sentencia fuera correcta, es decir, en caso de que estuviera permitido por el principio de inocencia deducir del contexto que Maldonado hubiera atribuido su libre expresión “a una persona”, esto es, *directamente contra* Giampetri, en Alemania los dichos de Maldonado, sucesivos a las declaraciones de Giampetri, estarían justificados.⁴⁷ Esta justificación se fundamenta en lo que se denomina “defensa de legítimos intereses” (“Wahrnehmung berechtigter Interessen”, § 193 StGB),⁴⁸ que admite que una persona se defienda de un ataque público previo.⁴⁹ Según el § 193 StGB se justifican palabras enérgicas, comparaciones y valoraciones, a menos que ellas no contengan ningún exceso ni sirvan exclusivamente a la ofensa del otro y cuyo comportamiento mesurado, es considerado aun como una reacción adecuada.⁵⁰ Solo entonces, cuando existen o se presentan críticas insultantes, es decir, cuando ya no se trata de la cuestión debatida sino de difamar y desprestigiar a la persona con la que se debate, es cuando se sobrepasa el límite de lo permitido.⁵¹ En el caso concreto, Maldonado hubiera estado en su derecho incluso de utilizar expresiones más graves o duras contra Giampetri.

27. Maldonado no hace alusión en ningún momento a Giampetri y se limita a realizar expresiones genéricas sobre un modélico sistema democrático asentado sobre el principio de igualdad en cuanto al sometimiento de todos los ciudadanos peruanos al imperio de la ley. Por ello, *favoris rei* e *in dubio pro reo* no puede deducirse del contexto que Maldonado pretende atribuir “a una persona” concreta lo dicho en la entrevista. Las manifestaciones de Maldonado y el contexto de la entrevista sugieren que estamos frente a un comportamiento atípico.

Ahora bien, en el supuesto caso de que la deducción contextual del Tribunal de Sentencia superara el test del principio de inocencia, precisamente, con relación a la tipicidad de una conducta, es decisivo para afirmarla (y por exigencia del principio de lesividad) que ésta cause lesión (o peligro de lesión) a un bien

46 Dice en la solicitud de investigación preliminar de 08.06.2006, p. 8: “A partir de las conclusiones del Informe de Contraloría General de la República N° 054-2005-CG/SDR, como resultado de la acción de control realizada en la Unidad Ejecutora de la Marina de Guerra del Perú, que comprendió la revisión selectiva de actividades y operaciones referidas al proceso de adquisición de bienes y servicios entre 1994 a 1997, se presume que los procesos de selección de proveedores, tanto en las licitaciones privadas como en las adjudicaciones directas, materia del referido Informe, habrían estado manipulados a fin de favorecer a los proveedores seleccionados, adjudicándoseles indebidamente la buena pro en perjuicio del Estado. Para tal efecto, se habrían realizado una serie de actos tendientes a tal propósito, presumiéndose en dicho sentido que existió concertación entre estos funcionarios públicos y los terceros interesados. Esta presunción se fundamenta en las múltiples irregularidades detectadas en dichos procesos de selección y en los ajustes y fijación de precios que se plasmaron en los respectivos contratos”. Finalmente: “Solicito a Ud., señor Fiscal Provincial Penal Especializado, se sirva evaluar el Informe de Contraloría General de la República N° 054-2005 CG/SDR y disponga el inicio de una investigación”.

47 BVerfGE 12, 113, 125; 24, 278, 285; BGHSt 12, 287, 293; 18, 182, 184; sobre la clasificación como causa de justificación, Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, Duncker & Humblot, Berlin, 5a edición, pp. 400 y ss.

48 Ver nota de pie 23.

49 Sobre los fundamentos constitucionales, Degenhart en: Bonner Kommentar Grundgesetz, 122a y 123 a actualización, CF Müller, Heidelberg, Art. 5 Abs. 1 und 2, nro. 568 y ss.

50 BVerfGE, 24, 278, 286 y ss.; 42, 163, 169 y ss.; 43, 130, 137 y ss.

51 BVerfG NJW 2004, 589, 590.

jurídico, en el caso, el honor. Una conducta no lesiva en ningún caso puede constituir una conducta típica, dado que el tipo penal es el instrumento legal mediante el cual se protegen bienes jurídicos de conductas tendentes a vulnerarlos. El principio de lesividad de la conducta lleva implícito el de direccionalidad: será lesiva aquella conducta que se dirija a la vulneración del bien jurídico; por el contrario, no lo será aquella situación en que el bien jurídico va hacia la conducta. Por ejemplo, la lesión penalmente relevante se produce cuando el puño golpea el rostro, no cuando sucede el fenómeno inverso. *Mutatis mutandi*, lo que se aprecia es que la expresión de Maldonado en examen no contiene una imputación directa a nadie sino la afirmación de que “parece haber todavía escenarios donde hay personajes que se sienten intocables”. No hay una atribución o señalamiento concretos de conducta a nadie, sino la crítica a la actitud de quien en un orden democrático se siente por encima de las reglas del derecho. En tales circunstancias, la querella del denunciante es una auto atribución, la concreción en su propia persona, de una imputación que estaba dirigida al reproche de un comportamiento no individualizado en nadie, pero que, sin duda, contraviene la regla democrática de la igualdad. Darle a esta auto atribución el valor de una lesión al honor del querellante en términos penales, invierte el principio de lesividad, de modo que sería el honor de aquél quien colisionaría con la expresión que se considera ultrajante, en lugar de ser ésta la que lesionara a aquél. En menos palabras: los actos lesivos del honor (como los de cualquier bien jurídico) son los que van hacia la honra ajena, no aquellos que la reciben, caso contrario, se vulneran los principios de lesividad y de culpabilidad.

28. Finalmente, tomando en cuenta que en el concepto constitucional alemán los derechos fundamentales no solo son derechos del ciudadano contra el Estado sino también son “orden de valores objetivo” (“Objektive Wertordnung”), “sistema de valores” (“Wertsystem”), “escala de valores” (“Wertmaßstab”), “normas fundamentales de decisión valorativas” (“wertentscheidende Grundsatznormen”), “decisiones constitucionales fundamentales” (“verfassungsrechtliche Grundentscheidungen”),⁵² sería en última instancia la Constitución la que brinde los parámetros para resolver el caso.⁵³ En Alemania la libertad de opinión (un derecho fundamental reconocido internacionalmente)⁵⁴ puede consistir en la manifestación de juicios de valor o de simples hechos, que tengan connotación política o no política, asuntos públicos o privados, racionales o irracionales, valiosos o carentes de valor.⁵⁵ Según el Tribunal Constitucional Alemán esta manifestación de hechos (“Tatsachenbehauptung”) no puede ser neutral sino tiene que apoyar la expresión de un juicio de valor para caer dentro del ámbito constitucional de protección (Art. 5 I Constitución).⁵⁶ En este sentido, las declaraciones de Maldonado no se refieren a datos de la realidad que apoyan que en Perú algunos personajes están fuera de la ley sino que ellas consisten en una libre expresión o un juicio de valor, en tanto parecería que algunos personajes se sienten por fuera de la ley. Para decirlo en sus palabras: “Parece ser que todavía estamos en escenarios frente a los cuales algunos personajes se dicen intocables”. Esta expresión en Alemania estaría dentro del ámbito de protección constitucional.⁵⁷

Según el Tribunal Constitucional Alemán cuando se habla de libertad de expresión, en el contexto de una democracia libre,⁵⁸ se hace referencia a las opiniones en un sentido amplio,⁵⁹ cuyo concepto engloba el derecho a manifestar las ideas, las convicciones, los juicios de valor, estimaciones o declaraciones expresadas sobre objetos, personas y acontecimientos.⁶⁰ Este concepto amplio se basa en que el sistema democrático tiene el

52 BVerfGE 7, 198 y ss.

53 Sobre la relación entre el Artículo 5 de la Constitución alemana y el § 193 StGB vide *Hilgendorf* en: *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, cit., § 193, nro. 4; *Lenckner* en: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., § 193, nro. 1; *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Beck, München 2004, nro. 1; *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Beck, München, 2010, nro. 17.

54 Art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; Art. IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; Art. 19 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; Art. 13 Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

55 *Askaryar*, *Die strafrechtsdogmatische Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben zu Art. 5 Abs. 1 GG*, Kovac, Hamburg, 2010, p. 26 y s.

56 BVerfGE, 65, 1, 41.

57 Artículo 5 Constitución Alemana: Libertad de opinión “(1) Toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas. No se ejercerá censura. (2) Estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal”.

58 BVerfGE 5, 85/134f.; 7, 198/208; 12, 113/125; 20, 56/97.

59 BVerfGE 61, 1, 9; 71, 162, 179.

60 Degenhart en: *Bonner Kommentar Grundgesetz*, cit., Abs. 1 und 2, nro. 99 y ss.

deber de brindar la protección del derecho, particularmente a las opiniones divergentes.⁶¹ En este sentido, la protección del honor solo se justifica contra manifestaciones deliberadas y maliciosas⁶² contra la persona que no pretenden rebatir un aspecto de una confrontación o intercambio de ideas sino buscan una crítica lesiva que no se refiere al objeto de discusión sino a la persona.⁶³ En el escenario que nos ocupa, sin embargo, se desprende del contexto de sus declaraciones que la opinión expresada por Maldonado se refería al hecho concreto que un Estado de Derecho no puede permitir (ni se puede permitir) la impunidad de determinadas personas en razón de su cargo funcional. Por ello, la expresión de Maldonado en Alemania no solo estaría dentro del ámbito de protección constitucional sino que en el caso concreto no habría un conflicto entre el derecho fundamental de la libre expresión de Maldonado y el derecho al honor de Giampetri. En el hipotético caso que Maldonado se hubiera referido directa e inequívocamente a Giampetri, por tratarse de una opinión sobre una pregunta esencial para el debate público y ante la transcendencia constitutiva del derecho a la libertad de opinión para el orden fundamental liberal-democrático (“freiheitliche demokratische Grundordnung”), se aplica el principio *in dubio pro libertad de opinión* (“Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede”).⁶⁴ Por ello, en Alemania este caso ni siquiera prosperaría en la rama civil.⁶⁵

H. CONCLUSIÓN

29. Considerando las especiales características del caso penal que se sigue en la República del Perú, corresponde concluir que en la República Federal de Alemania un caso similar no constituye delito alguno.

30. Las expresiones públicas de Maldonado no lesionan ningún bien jurídico tutelado por el Derecho penal. La denuncia penal se basa en una auto atribución del querellante en tanto Maldonado no se dirige en sus expresiones contra el honor de Giampetri. En términos penales, atribuir a un comportamiento no individualizado el valor de una lesión al honor es una inversión del *principio de lesividad* y una vulneración del *principio de culpabilidad*.

31. Asimismo en el hipotético escenario que Maldonado también se hubiera referido a Giampetri, se aplica el principio *in dubio pro libertad de opinión*, tanto si el caso se ventilara en la rama penal como en el caso que se llevara a cabo en la rama civil.

32. En el supuesto caso de que la deducción contextual con valor de evidencia probatoria del Tribunal de Sentencia pudiera superar el test del *principio de inocencia*, en Alemania los dichos de Maldonado, sucesivos a las declaraciones de Giampetri, estarían cuando menos justificados.

61 BVerfGE 33, 1/15.

62 BGHZ 45, 296, 310.

63 BVerfGE 82, 272, 284; BVerfGE 66, 116, 151; 62, 1, 12.

64 Vide la famosa sentencia del Tribunal Constitucional alemán “Lüth” en BVerfGE 7, 198, 212.

65 *Id.*